



PRÉFET DE L'ISÈRE

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Direction des relations avec les collectivités
Bureau du conseil et du contrôle de légalité

Secrétariat Général

Grenoble, le **27 MAI 2021**

Le préfet

à

Mesdames et Messieurs les maires du département

Mesdames et Messieurs les présidentes et présidents
des établissements publics de coopération
intercommunale

*En communication à Madame la Sous-Préfète de La
Tour du Pin et Monsieur le Sous-Préfet de Vienne*

Circulaire n°2021-15

consultable sur le site internet
de la préfecture

Objet : conditions de prorogation des délégations de service public en cours d'exécution, rendue nécessaire par la crise sanitaire

Réf : - ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19
- articles L.3135-1-3° et R.3135-5 du code de la commande publique

La crise sanitaire est susceptible d'entraîner pour les titulaires de contrats de délégation de service public (DSP) des difficultés dans leur exécution ainsi que la préoccupation liée à leur durée qui risque de ce fait de se révéler insuffisante, particulièrement pour la réalisation des investissements mis à leur charge.

La présente circulaire a pour objet de rappeler les dispositifs juridiques permettant la prorogation de ces contrats, fondée soit sur un régime dérogatoire, soit sur des dispositions de droit commun de la commande publique.

I. La prorogation des DSP fondée sur le régime dérogatoire.

Afin de permettre aux autorités délégantes et à aux opérateurs économiques de faire face aux difficultés qu'ils rencontrent durant l'état d'urgence sanitaire née de l'épidémie de covid-19, l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 a institué un régime dérogatoire permettant de modifier les conditions d'exécution des contrats de droit public, qu'ils relèvent ou pas de la commande publique.

A cet effet, l'article 1^{er} précise son champ d'application et les conditions de sa mise en œuvre :

Tél : 04 76 60 33 76

Mél : marie.ciullo@isere.gouv.fr

Adresse, 12, place de Verdun, CS 71046

38021 Grenoble Cedex 01

« Sauf mention contraire, les dispositions de la présente ordonnance sont applicables aux contrats soumis au code de la commande publique ainsi qu'aux contrats publics qui n'en relèvent pas, en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'au 23 juillet 2020 inclus. Elles ne sont mises en œuvre que dans la mesure où elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences, dans la passation et l'exécution de ces contrats, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation. »

✓ **L'article 6 autorise une prolongation minimale de la durée des DSP de 4 mois et 11 jours au-delà de leur terme**

« 1° Lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1^{er} sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel »

Ainsi, les prestations contractuellement prévues peuvent être exécutées dans un délai supplémentaire non limité par les textes, à la demande du cocontractant, sous réserve :

- que ce délai supplémentaire n'excède pas la stricte durée nécessaire pour faire face aux conséquences de l'épidémie et des mesures prises pour limiter sa propagation ;
- que le cocontractant apporte les éléments justifiant qu'il n'est pas en mesure de respecter le délai d'exécution prévu initialement ou que l'exécution, dans ce délai, entraînerait pour lui un surcoût manifestement excessif.

L'autorité délégente doit, dans ce cas, prolonger le délai d'exécution d'une durée au moins égale à la période mentionnée à l'article 1^{er}, soit 4 mois et 11 jours. Cette règle toutefois ne s'oppose pas à ce que les parties s'accordent sur un délai inférieur.

II. Les prorogations de DSP fondées sur le droit commun de la commande publique

De manière générale, un contrat de DSP en cours d'exécution, ou « concession » au sens du code de la commande publique (CCP), peut être modifié, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, dès lors que la nature globale du contrat reste inchangée et que l'une des six conditions énoncées à l'article L.3135-1 est satisfaite.

"1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;

2° Des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;

3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;

4° Un nouveau concessionnaire se substitue au concessionnaire initial du contrat de concession ;

5° Les modifications ne sont pas substantielles ;

6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession."

Deux de ces hypothèses peuvent plus particulièrement être envisagées dans le cadre des prorogations de DSP occasionnées par le contexte de crise sanitaire.

✓ **L'hypothèse des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévues**

Le code de la commande publique admet que l'autorité délégente peut se trouver confrontée à des circonstances qu'elle ne pouvait prévoir au moment de l'attribution du contrat, et qu'elle peut en conséquence lui apporter des adaptations sans engager une nouvelle procédure d'attribution.

La notion de « circonstances imprévues » correspond à des circonstances extérieures qu'une autorité délégente, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du contrat initial, n'aurait pu anticiper compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des

caractéristiques du projet, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources employées pour préparer l'attribution du contrat avec sa valeur prévisible¹.

La crise sanitaire constitue manifestement une circonstance imprévue susceptible de justifier des modifications au titre de cette disposition. Dans une telle hypothèse, il appartient à l'autorité délégante :

- de démontrer un lien de causalité entre les conséquences de la crise et le besoin de proroger le contrat,
- de démontrer le caractère strictement nécessaire de la prorogation notamment par une analyse détaillée de la perte d'activité et du déficit réel,
- de ne pas « *changer la nature globale du contrat de concession* ».

L'article R.3135-5 du même code limite l'augmentation financière induite par une telle modification à 50 % de la valeur du contrat initial. Si plusieurs modifications successives sont réalisées, cette limite a vocation à s'appliquer au montant de chaque modification. Pour le calcul de ce montant, l'autorité délégante tient compte du montant actualisé du contrat.

✓ **L'hypothèse des modifications de faible montant**

De telles modifications sont admises lorsque leur montant ne correspond qu'à une faible part du montant initial de la DSP, à savoir 10 % de ce montant. Cette faible part doit en outre être inférieure au seuil européen (5 350 000 € HT).

Pour l'appréciation du seuil de 10 %, l'autorité délégante doit prendre en compte la valeur cumulée des modifications successives éventuellement intervenues, conformément aux dispositions de l'article R.3135-8.

En résumé, il importe de souligner que, hormis le cas des modifications de faible montant, les modifications du contrat de DSP rappelées par la présente circulaire sont subordonnées à la démonstration d'un lien de causalité entre les conséquences de la crise sanitaire et le besoin de modifier le contrat. A défaut, celles-ci sont susceptibles d'être requalifiées en modifications substantielles au sens des dispositions de l'article R.3135-7 du CCP, et d'être en conséquence considérées comme entachées d'illégalité.

Par ailleurs, lorsque la modification du contrat porte sur la durée, sa prolongation ne saurait excéder le strict délai nécessaire pour faire face aux conséquences de la crise sanitaire et rétablir l'équilibre du contrat².

Mes services (bureau du conseil et du contrôle de légalité) demeurent à votre disposition pour toute information complémentaire.

Le préfet

Pour le Préfet et par délégation
La Secrétaire générale adjointe

Juliette BEREGI

1 Article R.3135-5 du CCP et Cons. 109 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

2 réponse ministérielle du 8 septembre 2020, n°32072, JO AN, p.7781

